Urteilskopf

106 IV 218

59. Arrêt de la Cour de cassation pénale du 8 février 1980 dans la cause ASLT et Cst. contre S. (pourvoi en nullité)
Regeste (de):
1. Art. 13 lit. c UWG: Die Tatsache, dass sich einer als Fabrikant bezeichnet, stellt keine Behauptung eines Titels oder einer Berufsbezeichnung im Sinne dieser Bestimmung dar. Ist diese Behauptung irreführend und begünstigt sie ihren Urheber, muss sie im Lichte von lit. b des Art. 13 UWG gewürdigt werden (E. 3).

2. Art. 13 lit. b UWG: a) Die gleichzeitige Bezeichnung als Verkäufer und Fabrikant ist geeignet, dem Betreffenden einen Vorteil gegenüber seinen Konkurrenten zu verschaffen (E. 4a), genauso wie die Zusicherung, die Produkte seien auf den eigenen Maschinen hergestellt worden (E. 4b). Wenn solche Angaben unrichtig sind, liegt eine Widerhandlung im Sinne des Art. 13 lit. b UWG vor.

b) Unter dem Fabrikationspreis ist jener Preis zu verstehen, den der Hersteller einem Wiederverkäufer (Grossist oder Detaillist) berechnet; wer auf diesen Preis einen den Detailverkaufskosten (Lager, Miete, Verkaufspersonal etc.) entsprechenden Zuschlag erhebt, darf demnach nicht erklären, er verkaufe zum Fabrikationspreis (E. 4c).

Regeste (fr):
1. Art. 13 litt. c LCD: Le fait de se déclarer fabricant ne constitue pas l'allégation d'un titre ou dénomination professionnelle au sens de cette disposition. Au cas où cette allégation serait fallacieuse et où elle avantagerait son auteur, c'est sous l'angle de l'art. 13 litt. b LCD qu'il faut l'attaquer (consid. 3).

2. Art. 13 litt. b LCD: a) La déclaration selon laquelle il est vendeur et fabricant est propre à procurer à l'auteur un avantage sur ses concurrents (consid. 4 litt. a), de même que l'affirmation selon laquelle ses produits sont fabriqués sur ses propres machines (consid. 4 litt. b). Si de telles affirmations sont inexactes, la répression est fondée au regard de la disposition précitée.

b) Le prix de fabrique est celui que le fabricant facturerait à un revendeur (grossiste ou détaillant); ne peut donc déclarer qu'il vend au prix de fabrique sans s'exposer à des sanctions celui qui inclut dans ce prix une majoration correspondant à ses propres frais de vente au détail (magasin, loyers, personnel de vente, etc.) (consid. 4 litt. c).

Regesto (it):
1. Art. 13 lett. c LCSl: Il fatto di dichiararsi fabbricante non implica l'uso di un titolo o di una denominazione professionale ai sensi di questa disposizione. Ove tale dichiarazione sia fallace e avvantaggi il suo autore, essa va valutata sotto il profilo dell'art. 13 lett. b LCSl (consid. 3).

2. Art. 13 lett. b LCSl: a) La dichiarazione secondo cui egli è venditore e fabbricante è idonea a procurare al suo autore un vantaggio sui concorrenti (consid. 4a); lo stesso vale per la dichiarazione secondo la quale i suoi prodotti sono fabbricati su macchine proprie (consid. 4b). Se queste dichiarazioni sono inesatte, è fondata la repressione ai sensi della disposizione menzionata.

b) Prezzo di fabbrica è quello che il fabbricante fatturerebbe a un rivenditore (grossista o dettagliante); chi include in tale prezzo una maggiorazione corrispondente alle proprie spese di vendita al dettaglio (negozio, affitto, personale di vendita, ecc.) non può quindi dichiarare di vendere al prezzo di fabbrica (consid. 4c).

Sachverhalt ab Seite 219

BGE 106 IV 218 S. 219

A.- S., fondé de pouvoir de la maison P. S.A., est responsable du département des tapis et de la publicité que la maison fait paraître dans ce domaine. Il a fait insérer dans les journaux "24 Heures", du 11 juin 1975 et "L'Illustré", du 23 juin 1975, des communiqués publicitaires qui contiennent notamment les passages suivants:
24 Heures:
"Qui crie le plus fort est le plus avantageux. Ou bien...? S'il fallait en juger par le bruit qu'ils font, de nombreux marchands de tapis seraient de loin les plus avantageux. Chez nous, seules les machines qui fabriquent les tapis Mira font du bruit. Car nous sommes vendeurs spécialisés et fabricants. Par exemple le tapis BERBÈRE-MIRA de cette annonce: Nous avons acheté 220 tonnes de laine de tonte, juste au moment où son prix était le plus avantageux sur le marché mondial. Puis nous avons fait filer la laine. Ensuite le tapis fut fabriqué. Et vous pouvez maintenant l'acheter chez nous, au prix de fabrique." Suivent des considérations sur le fait que P. S.A. peut offrir, à qualité égale, des tapis plus avantageux que les autres. L'Illustré: "Meilleur et meilleur marché. C'est promettre trop! Ou bien...? Jugez vous-même: Pour ce tapis de fond BERBÈRE-MIRA, nous avons acheté 220 tonnes de laine de tonte, juste au moment où son prix était le plus avantageux sur le marché mondial. Ensuite nous avons fait filer la laine. Enfin le tapis fut fabriqué. C'est pourquoi nous pouvons vous offrir ce tapis au prix de fabrique. Par qualité égale, infiniment moins cher que partout ailleurs."

B.- L'Association suisse des marchands de tapis, aujourd'hui Association suisse des Entreprises de linoléum, de sols spéciaux et de tapis (ASLT), ainsi que les maisons H. S.A. et

BGE 106 IV 218 S. 220

M. S.A. ont déposé plainte contre P. S.A. et contre S. pour concurrence déloyale. Après qu'une première ordonnance de renvoi eut été annulée par le Tribunal d'accusation du canton de Vaud, et après complément d'enquête, le juge informateur de l'arrondissement de Lausanne, par ordonnance du 28 juin 1979, a renvoyé S. devant le Tribunal de police du district de Lausanne, sous l'accusation de concurrence déloyale, au sens de l'art. 13 lettre b et c LCD, pour avoir affirmé que P. S.A. était à la fois vendeur et fabricant et qu'elle vendait sa qualité BERBÈRE-MIRA au prix de fabrique. Le 28 août 1979, le Tribunal d'accusation du Tribunal cantonal vaudois a admis le recours de S. et mis ce dernier au bénéfice d'un non-lieu.

C.- Les trois plaignantes se pourvoient en nullité au Tribunal fédéral. Elles concluent au renvoi de S. en jugement. S. propose de rejeter le pourvoi dans la mesure où il est recevable.

Erwägungen

Considérant en droit:

1. a) L'autorité cantonale a d'abord libéré l'intimé du chef d'accusation d'infraction à l'art. 13 lettre c LCD, à propos de l'affirmation selon laquelle P. S.A. était à la fois "vendeur et fabricant" des moquettes dont il est question dans la publicité incriminée. Elle a considéré que l'art. 13 lettre c LCD n'était pas applicable en l'espèce, le

fait de se déclarer "fabricant" ne constituant pas l'affirmation d'une distinction ou d'une capacité particulière. Elle a relevé au surplus que cette allégation s'était d'ailleurs révélée véridique, dès lors qu'il n'est pas abusif de considérer comme fabricant celui qui fait fabriquer; elle s'est référée sur ce point par analogie à l'ACF du 29 juillet 1949 instituant un impôt sur le chiffre d'affaire. L'autorité cantonale a considéré ensuite que l'art. 13 lettre b LCD n'était pas non plus applicable à l'intimé, puisque les indications de prix et de qualité données par P. S.A. s'étaient révélées exactes. b) Se référant à la publicité incriminée, les recourantes font valoir qu'il est inexact qu'il y ait chez P. S.A. des machines qui fabriquent des tapis, que P. S.A. n'est nullement fabricant et que cette maison ne vend pas au prix de fabrique. A l'appui de leurs affirmations, les recourantes invoquent une série de faits

dont il ressortirait que les choses se passent de la manière suivante: Une filiale de P. S.A., X. S.A., qui possède à peu près les mêmes organes, achète le fil de laine destiné à la fabrication des moquettes à Falke-Garne, en Allemagne; c'est elle qui prescrit les couleurs, l'épaisseur, l'emballage et qui fait expédier le fil à des usines allemandes qu'elle désigne (les plaignantes citent trois firmes allemandes, dont Desiterm, Textilveredlung GmbH & Co., à Appelhüsen); elle charge alors l'usine allemande, par exemple Desiterm, de procéder au tufting, c'est-à-dire de tisser le fil de laine livré et teint par Falke-Garne et d'incorporer le produit ainsi tissé à un support synthétique, bref, de mener à chef toutes les opérations qui feront que le tapis sera terminé. P. S.A. recevrait ainsi en fin de compte le tapis fini sans avoir exécuté sur lui le moindre travail de fabrication. Les recourantes contestent également que P. S.A. vende réellement au prix de fabrique, puisque par l'intermédiaire de X. S.A. sa filiale, elle achète la laine après teinture auprès d'une firme indépendante, Falke-Garne, qui prélève normalement sa marge bénéficiaire au cours de l'opération et que c'est ensuite une autre firme indépendante, Desiterm, à laquelle le fil est livré directement, qui se charge, en prélevant aussi son bénéfice, du tissage et du finissage des tapis, selon les prescriptions de P. S.A. certes, mais au moyen de ses propres machines et de son propre personnel. P. S.A. reçoit ainsi et paie les tapis à Desiterm sur la base des quantités vendues, avant de les vendre dans ses magasins, non pas au prix payé à Falke-Garne et à Desiterm, mais à son propre prix qu'elle calcule en tenant compte de son prix de revient, de ses frais généraux, de sa publicité, de ses impôts, etc., soit en prenant sa propre marge. Il ne s'agirait donc pas d'un prix de fabrique et ce ne serait en tout cas pas ce que le lecteur candidat acheteur comprend par prix de fabrique. Enfin, les recourantes s'en prennent à l'affirmation selon laquelle P. S.A., à qualité égale, offre des tapis meilleur marché que ses concurrents. c) L'intimé fait tout d'abord valoir que le dernier grief précité des recourantes est irrecevable, puisqu'il n'est pas repris dans l'ordonnance du juge informateur, laquelle n'a pas été attaquée par les recourantes. L'intimé estime ensuite que c'est à juste titre que l'art. 13 lettre c LCD a été considéré comme inapplicable en l'espèce.

Enfin, sur l'application de l'art. 13 lettre b LCD, l'intimé affirme en premier lieu qu'il est bien établi que P. S.A. est réellement fabricant et vendeur, puisque X. S.A. achète la marchandise et loue ensuite les usines et le personnel de Desiterm pour faire fabriquer les moquettes dont elle a besoin, prenant elle-même tous les risques de la fabrication et apparaissant dès lors comme le véritable entrepreneur. Selon l'intimé, il ne faudrait pas seulement considérer comme fabricant celui qui fabrique lui-même, mais également celui qui fait fabriquer, lorsqu'il prend les risques de l'opération. Au surplus, même si P. S.A. n'était pas fabricant, il ne serait pas établi que cette indication avantage P. S.A. par rapport à ses concurrents. Ensuite, à propos de l'affirmation sur le "prix de fabrique", l'intimé fait valoir que, selon l'usage de la branche, il est courant d'indiquer comme vendues au "prix de fabrique" les marchandises vendues par des tiers, l'important du point de vue du consommateur étant

qu'un grossiste ne vienne pas s'insérer entre le fabricant et le vendeur au détail en prélevant sa marge.

2. On doit relever d'emblée que les recourantes ne sont pas recevables à critiquer l'affirmation de P. S.A. selon laquelle celle-ci offre à qualité égale des tapis meilleur marché que ses concurrents. Ce grief n'a en effet pas été retenu par le juge informateur dans son ordonnance, et celle-ci n'a elle-même pas été attaquée par les recourantes devant l'autorité cantonale. Il n'existe donc pas sur ce point de décision prise en dernière instance cantonale, de telle sorte que le moyen ne peut plus être soulevé dans un pourvoi en nullité (cf. ATF 104 IV 54 consid. 1).

3. C'est à juste titre que l'autorité cantonale a estimé que l'art. 13 lettre c LCD n'était pas applicable à l'expression "fabricant" employée dans la publicité incriminée. Le fait de se déclarer "fabricant" ne constitue pas l'allégation d'un titre ou d'une dénomination professionnelle au sens de l'art. 13 lettre c LCD. Cette disposition ne vise en effet que l'allégation d'une distinction ou d'une capacité ou spécialité professionnelle particulière, ou encore l'existence de diplômes attestant une telle capacité. Or le terme générique de "fabricant" ne peut être considéré comme une véritable dénomination professionnelle, impliquant des distinctions ou des capacités particulières. Dans la mesure où une telle allégation s'avérerait inexacte ou fallacieuse et serait en mesure d'avantager les offres de son

auteur par rapport à celles de ses concurrents, c'est sous l'angle de l'art. 13 lettre b et non de l'art. 13 lettre c LCD qu'elle doit être appréciée. Le pourvoi doit donc être rejeté sur ce point.

4. a) C'est donc à la lumière de l'art. 13 lettre b LCD exclusivement que doivent être examinées les allégations contenues dans la publicité incriminée. Tombe en effet sous le coup de cette disposition celui qui, afin d'avantager ses offres par rapport à celles de ses concurrents, donne sur lui-même, ses marchandises, ses oeuvres, son activité ou ses affaires, des indications inexactes ou fallacieuses. Deux allégations sont incriminées en l'espèce, à savoir d'une part celle par laquelle P. S.A. se qualifie de vendeur et fabricant, et d'autre part celle où elle affirme vendre ses tapis au prix de fabrique. Si l'on interprète ces allégations conformément au sens que doit leur donner le lecteur non prévenu, c'est-à-dire le consommateur auquel elles sont destinées, on doit admettre tout d'abord qu'elles constituent indiscutablement des affirmations destinées à avantager les offres de P. S.A. par rapport à celles de ses concurrents, et qu'elles sont objectivement propres à les avantager. En effet, conformément au sens général et au texte des annonces, la qualité de fabricant apparaît comme liée à la possibilité de vendre à plus bas prix ("... meilleur marché", "... plus avantageux"). Quant au prix de fabrique - qui sera encore défini plus loin - il s'agit à l'évidence d'un prix plus avantageux que le prix de détail ordinaire. b) Au vu du sens général de l'annonce, il n'est pas besoin de rechercher la définition du mot "fabricant" et de déterminer si celui qui fait fabriquer par autrui, à ses risques et selon ses directives, peut se qualifier de "fabricant". Ce qui importe, c'est qu'ici, pour démontrer le caractère avantageux de ses prestations, P. S.A. se présente comme un fabricant qui travaille avec ses machines ("... chez nous, seules les machines qui fabriquent les tapis MIRA font du bruit..."). Aux yeux du consommateur non prévenu, il ne peut en effet qu'être plus avantageux, quant au prix, de travailler sur ses machines que de s'adresser à un tiers, intermédiaire supplémentaire qui prélève un bénéfice en facturant son travail. Dès lors, s'il est inexact que P. S.A. fabrique les tapis sur ses machines, on devrait admettre que l'allégation incriminée tombe sous le coup de l'art. 13 lettre b LCD. On doit préciser cependant que le fabricant qui loue des machines, ou les prend en leasing, a le droit,

au même titre que le propriétaire de machines, de dire dans une annonce destinée à sa clientèle qu'il fabrique sur ses propres machines; l'existence d'un loyer n'influence en effet pas le prix d'une manière aussi importante que l'exécution de la fabrication par un intermédiaire. Or l'état de fait de l'arrêt attaqué ne dit absolument rien de la façon dont P. S.A. fabrique ou fait fabriquer les tapis offerts par son annonce. Le Tribunal fédéral se trouve dès lors dans l'impossibilité de dire si l'affirmation déterminante selon laquelle P. S.A. fabrique les tapis sur ses machines est exacte ou non, et si, en conséquence, l'art. 13 lettre b LCD a été bien appliqué. L'arrêt attaqué doit donc être annulé et la cause renvoyée à l'autorité cantonale pour qu'elle complète ou fasse compléter l'état de fait et qu'elle applique ensuite l'art. 13 lettre b LCD conformément aux indications données plus haut. c) Beaucoup plus importante, en raison de son caractère nettement avantageux, est l'affirmation incriminée selon laquelle les tapis sont offerts par P. S.A. "au prix de fabrique". Mais ce prix est une notion commerciale et juridique dont l'interprétation ne peut être contrôlée si l'on ne connaît pas les composantes du prix auquel P. S.A. offre ses tapis. Ce n'est qu'après avoir déterminé si l'on a bien affaire à un prix de fabrique que l'on pourra décider du caractère inexact ou fallacieux de l'allégation incriminée et se prononcer sur l'application de l'art. 13 lettre b LCD. Dire simplement, comme l'a fait l'autorité cantonale, que les indications données par P. S.A. sur la qualité et le prix de fabrique des moquettes sont exactes est absolument insuffisant, dès lors qu'une telle affirmation ne contient aucune donnée de fait sur la composition du prix. L'arrêt doit donc également être annulé sur ce point et la cause renvoyée à la Cour cantonale pour nouvelle décision. Les éléments de fait que la Cour cantonale devra fixer sont fonction de la notion et de la définition du prix de fabrique. Le Tribunal fédéral n'a pas eu l'occasion de se prononcer sur le contenu de cette notion ni de la définir. La doctrine suisse ne s'en est pas non plus préoccupée. En revanche, la jurisprudence et la doctrine allemande ont examiné cette notion à réitérées reprises et d'une manière approfondie dans le cadre du par. 3 de la loi allemande sur la concurrence déloyale (DUWG), qui pour l'essentiel vise les mêmes comportements illicites que l'art. 13 lettre b LCD. On peut adopter leur manière de voir,

qui se révèle non seulement judicieuse et pertinente, mais qui correspond parfaitement au sens et au but de l'art. 13 lettre b LCD, qui tend à faire coïncider les allégations de l'auteur avec ses prestations effectives et à protéger la confiance que le consommateur doit pouvoir accorder auxdites allégations (cf. VON BÜREN, Kommentar zum Wettbewerbgesetz, p. 72). On doit ainsi considérer que le prix de fabrique est celui que le fabricant facturerait à un revendeur (grossiste ou détaillant). Si le fabricant vend directement au consommateur, il ne peut prétendre le faire au prix de fabrique s'il y inclut une majoration correspondant à ses propres frais de vente au détail (magasins, loyers, personnel de vente, etc.), car il s'agirait alors d'un véritable prix de vente au détail. Par vente au prix de fabrique, le consommateur moyen comprend que le fabricant lui offre la marchandise au prix qu'il demande à ses revendeurs. Le prix ne peut donc dépasser le prix d'achat d'un revendeur. Un tel prix ne doit pas comprendre davantage que les frais de fabrication, y compris le bénéfice de celui qui fabrique effectivement le produit et les frais de publicité et de distribution aux seuls revendeurs. Il ne peut comprendre aucun des frais inhérents à la vente directe au consommateur et dépassant ceux qui résultent de la seule vente à des revendeurs. Ce qui importe, c'est le prix effectif que le fabricant demanderait à des revendeurs, et non pas les prix comparables que pourraient demander ou demanderaient des concurrents. Celui qui ne fabrique pas lui-même le produit offert ne peut prétendre le vendre au prix de fabrique que s'il renonce à tout bénéfice et à la couverture de ses frais de vente au consommateur (cf. BAUMBACH-HEFERMEHL, Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht, 11e éd., I, n. 300, 301 et 303 ad par. 3 DUWG; REIMER, Das Recht des unlauteren Wettbewerbs in den Mitgliedstaaten der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft, III, Deutschland, p. 429, n. 625; ROSENTHAL, Gesetz gegen den UW, p. 285, n. 86 ad par. 3; et arrêts divers publiés in Wettbewerb in Recht und Praxis: 1957, p. 112; 1972, p. 260/261; 1974, p. 114).
Il incombera donc in casu à l'autorité cantonale de déterminer le processus et les étapes de la fabrication puis

de la vente des moquettes en cause et d'analyser les facteurs de composition du prix. Pourront être inclus dans la composition du prix de fabrique le coût des matières premières, de leur préparation,

le bénéfice du fournisseur ou préparateur de la matière première, les frais de fabrication et de finition des moquettes, le bénéfice du fabricant effectif s'il s'agit d'un tiers autre que P. S.A. ou sa filiale X. S.A., ou si P. S.A. ou sa filiale procèdent elles-mêmes à ce travail, le bénéfice normal et usuel en cas de vente à des grossistes ou détaillants, les frais de publicité et de distribution aux seuls grossistes ou vendeurs au détail. Seront exclus de la composition du prix de fabrique toute part de bénéfice supérieure due à la vente au consommateur, ainsi que tous les frais de vente, d'entreposage, d'exposition ou de distribution liés à la vente au détail. S'il apparaît alors que le prix auquel la moquette est vendue au consommateur correspond au prix de fabrique de ladite moquette, calculé selon les principes susmentionnés, l'intimé devra être libéré; en revanche, si tel n'est pas le cas, il devra être condamné en application de l'art. 13 lettre b LCD.

5. On constate qu'ensuite de l'annulation de l'arrêt attaqué, et en dépit du fait qu'il s'agit d'une annulation prononcée en application de l'art. 277 PPF, les recourantes obtiennent gain de cause pour l'essentiel, en l'état actuel de la cause. En raison cependant de l'irrecevabilité ou du rejet de deux moyens, une petite partie des frais doit être mise à la charge des recourantes, et les dépens qui leur sont alloués seront réduits.